

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Національний університет «Одеська юридична академія»
Кафедра цивільного процесу

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

МАТЕРІАЛИ

**Міжнародної науково-практичної конференції
до 150-річчя від дня народження
Є. В. Васьковського**

*м. Одеса,
8 квітня 2016 року*



Одеса
«Юридична література»
2016

Голубєва Н. Ю.

*д. ю. н., професор, завідувач кафедри цивільного процесу,
професор кафедри цивільного права Національного університету
«Одеська юридична академія»*

ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРІВ В ЕЛЕКТРОННІЙ ФОРМІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

В Україні обсяги електронної комерції постійно зростають (за ви-
нятком останніх двох років [1]), і мова йде не тільки про збільшення
продажу товарів за допомогою мережі Інтернет, але й про поступову
дематеріалізацію обороту. Мається на увазі поява великої кількості по-
слуг, які надаються та споживаються в самій мережі Інтернет: реєстра-
ція домену, продаж хостингу, провайдерські послуги та ін.

За влучним висловом Білла Гейтса, в майбутньому на ринку зали-
шаться два види компаній: «ті, хто в Інтернеті, і ті, хто вийшов з біз-
несу» [2, с. 12].

Ринок електронної комерції (e-commerce) в Україні фактично сфор-
мований давно, але не маючи спеціального правового регулювання, елек-
тронні правочини вчинялись, як правило, на основі публічної оферти,
до якої приєднується інша сторона договору, частіше, конклюдентними
діями. Наприклад, продаж товарів, надання послуг за допомогою мере-
жі Інтернет відбувається і сьогодні саме так.

З прийняттям Закону України від 3.09.2015 року «Про електронну
комерцію» на законодавчому рівні врегульовані особливості укладення
договорів в електронній формі (окремі питання були врегульовані та-
кож Законами України від 22.05.2003 р. «Про електронні документи та
електронний документообіг» та «Про електронний цифровий підпис»).

Питання електронної комерції підіймаються і в «Угоді про асоціа-
цію між Україною, з однієї сторони, та Європейським союзом...» (див.
ст. ст. 139–140), Директиві про електронну комерцію (2000/31/ЄС від
8 червня 2000 р.).

У сфері продажу товарів споживачам для непідприємницьких ці-
лей особливості електронної торгівлі регулюються Законом Украї-

ни «Про захист прав споживачів». Цим законом передбачено, поняття договору укладеного на відстані (див. додатково також Директиву 97/7/ЄС «Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах» від 20.05.1997 р.).

У Законі України «Про електронну комерцію» (далі — Закон) визначено поняття електронної торгівлі, електронного договору, електронного правочину. Саме порядок вчинення електронних правочинів, їх чинність та наслідки — основна мета правового регулювання у цій сфері, оскільки на практиці часто виникає питання при укладенні правочину в електронній формі чи договір був належним чином підписаний сторонами.

Електронні договори при використанні сучасних інформаційних технологій повинні відповідати встановленому законом порядку. При цьому, маємо знайти такі механізми укладання цих договорів, що не позбавити електронні договори юридичної сили, оскільки в іншому випадку функція мережі Інтернет звелася б виключно до рекламної, що не відповідає потребам сучасного обороту.

Однією з основних проблем регулювання відносин, що виникають у мережі Інтернет, є складність ідентифікації їх учасників.

У Законі містяться вимоги до продавця (виконавця, постачальника), який під час своєї діяльності забезпечити прямий, простий, стабільний доступ інших учасників до визначеної в Законі інформації.

Ідентифікація покупця, замовника може відбуватися як за допомогою застосування електронного підпису, так і іншими засобами (смс-коди, вчинення дій з «особистого кабінету» тощо).

Водночас, даний закон залишає відкритим питання механізму притягнення до відповідальності інтернет-торгівців. Так, обов'язок розкривати на інформацію про продавця при «продажу товарів на відстані» (під цим терміном якраз і розуміється, в тому числі, і електронна торгівля) були і раніше встановлені законом «Про захист прав споживачів», але ця вимога багатьма підприємцями ігнорується (п. 1 ч. 2 ст. 13).

Закон встановлює важливі правила щодо особливостей укладання електронного договору. По-перше, визначені вимоги до змісту оферти (необхідність викладення істотних умов договору та іншої необхідної інформації — ч. 2 ст. 11 Закону).

Своєрідним аналогом додатків до договору, які у цивільному праві вважаються невід'ємною частиною договору, є відсилання до інших електронних документів, але з обов'язковим безперешкодним доступом до електронних документів, що включають умови договору, шляхом перенаправлення (відсилання) до них.

По-друге, визначено форму оферти (наприклад, шляхом надсилання комерційного електронного повідомлення, розміщення пропозиції (оферти) у мережі Інтернет або інших інформаційно-телекомунікаційних системах).

Фактично цим Законом легітимізовано *рекламні розсилки* (наприклад, розсилки по email, sms, тобто те, що зараз називають spam) *без згоди* користувачів (подібна норма також міститься і у ст. 7 ЄС Директиви про електронну комерцію). У відповідності до ст. 10 Закону комерційні електронні повідомлення поширюються лише на підставі згоди на отримання таких повідомлень, наданої особою, якій такі повідомлення адресовані. Але комерційне електронне повідомлення може надсилатися особі *без її згоди* лише за умови, що вона може відмовитися від подальшого отримання таких повідомлень.

Останнє речення фактично дозволяє у будь-якому разі надсилати споживачу відповідні повідомлення, навіть, якщо ніякої згоди попередньо (до вчинення розсилки) отримано не було. Крім того, така норма (направлення повідомлень без попередньої згоди споживача) вступає в протиріччя п. 5 ст. 19 Закону України «Про захист прав споживачів».

У Законі зазначено, що *не є* комерційним електронним повідомленням: інформація, що надає прямий доступ до діяльності особи; доменне ім'я чи адреса електронної пошти; повідомлення про товари, роботи чи послуги або ділову репутацію особи, *розміщене не з метою їх просування*. Однак, розмежування зроблених розсилок, з метою просування товарів чи без такого, дуже важко провести в реальному житті, наприклад, стаття/повідомлення про економічність нового пристрою для домогосподарства буде визнана такою, яка несе інформацію про нові технології чи повідомлення все ж-таки направлена на опосередковане просування товарів?

По-третє, *акцент* може бути наданий шляхом: 1) надсилання електронного повідомлення; 2) заповнення формуляра заяви (форми) про прийняття такої пропозиції в електронній формі; 3) вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі.

При цьому електронне повідомлення та заповнення формуляра *заяви підписується* (ст. 12 Закону):

1. За допомогою *електронного підпису* або *електронного цифрового підпису* (далі — ЕЦП) за умови використання засобу електронного цифрового підпису усіма сторонами електронного правочину. ЕЦП — різновид електронного підпису, створеного з використанням криптогра-

фічних засобів, які забезпечують не тільки ідентифікацію, але і цілісність повідомлення, запобігаючи можливості внесення змін у документ.

Якщо із ЕПЦ ситуація зрозуміліша, адже він детально регулюється спеціальним законодавством, нас більше цікавить «простий» електронний підпис, адже в сфері обігу товарів, послуг в мережі Інтернет чи за допомогою мережі Інтернет, покупці та замовники, навпаки зацікавлені у спрощенні укладання договору, не завжди мають відповідний підпис, вони скоріше відмовляться від договору, ніж будуть отримувати ЕЦП (наприклад, «простий» споживач вдається до купівлі за допомогою Інтернету саме через простоту та швидкість укладання договору).

Відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис» електронний підпис — дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних. Електронний підпис (не цифровий) створюється за допомогою використання кодів, паролів тощо та підтверджує факт формування електронного підпису певною особою. Наприклад, використання логіна і пароля до «особистого кабінету» на веб-сайті, використання паролів, висланих на мобільний телефон чи електронну пошту при здійсненні конкретної операції.

Логін і пароль виступають в якості ключа простого електронного підпису (унікальної послідовності символів, яка призначена для створення електронного підпису). При оформленні замовлення, зробленого під логіном і паролем, формується електронний документ, у якому засобами інформаційної системи (веб-сайту інтернет-магазину) вказується особа, яка створила замовлення. Форма замовлення містить необхідні умови, ризик несумлінної зміни яких у більшості випадків вкрай незначний. Ризики, пов'язані з відсутністю більш надійного виду електронного підпису, незрівнянно менше, ніж ризики, пов'язані з потенційними втратами від відтоку покупців, обумовленого використанням такого підпису. Тому не варто переоцінювати цей «недолік» (неможливість гарантування цілісності повідомлення) простого електронного підпису. Зрештою, класичні паперові документи так само схильні до фальсифікацій, як і електронні [3].

2. За допомогою *електронного підпису одноразовим ідентифікатором*, визначеним цим Законом (це алфавітно-цифрова послідовність, що її отримує особа, яка прийняла пропозицію (оферту) укласти електронний договір шляхом реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції, що надав таку пропозицію). Тобто електронний договір може бути укладений шляхом реєстрації на сайті та ідентифікації користувача через смс або email. Фактично йдеть-

ся про різновид «простого» електронного підпису (їх визначення практично збігаються у законах «Про електронну комерцію» та «Про електронний цифровий підпис»).

3. За допомогою *аналога власноручного підпису* (факсимільного відтворення підпису) за письмовою згодою сторін.

Важливо звернути увагу, що Закон, прирівняв тільки електронні договори, укладені шляхом *обміну електронними повідомленнями*, підписаних у вищезазначеному ст. 12 Закону порядку, — до укладених у письмовій формі, а інші електронні договори — до усних договорів.

Не зрозуміло чому прийняття (акцепту) шляхом заповнення формуляра заяви (форми) про прийняття такої пропозиції в електронній формі та підписане відповідно до ст. 12 Закону не вважається вчиненням договору у письмовій формі. Навіщо тоді взагалі норма про шляхи підписання акцепту, якщо його підписання не тягне визнання його «письмовості».

Але таке регулювання вчинення електронних правочинів вступає в певну колізію із нормами ЦК України. Так, цим Законом були внесені зміни у ЦК України. У відповідності до ч. 1 ст. 205 правочин може вчинятися усно або в письмовій (*електронній*) формі. Тобто з буквального значення цієї статті випливає, що письмова форма включає і електронну. У відповідності до ст. 207 ЦК України правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі *електронних*). Однак буквальне тлумачення цих норм не повинно вести нас до висновку, що укладання договору в електронній формі (за термінологією Закону «з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем») буде автоматично прирівняно до письмової форми правочину.

Тут додатково мають бути розтлумачені положення ст. 639 ЦК України щодо форм договору. Як відомо договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Новелою цієї статті є положення про те, що *якщо сторони домовилися укласти договір* за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, він вважається укладеним у письмовій формі. Тобто тільки тоді, якщо сторони домовилися про це.

Думається, що у цьому випадку достатньо приєднання до договору «кліком»/згодою без електронного підпису, в тому числі і без електронного підпису одноразовим ідентифікатором. Наприклад, можна при формуванні заказу з кошику інтернет-магазину, зазначати, що покупець дає згоду на визнання відповідних дій як таких, що направленні на укладання письмового договору.

У випадку ж простого приєднання до договору заповненням формуляру, «кліком»/згодою чи простого обміну електронними поштовими повідомленнями — договір буде вважатися вчиненим в усній формі.

Електронні договори укладені шляхом «прийняття умов» (наприклад, «кліком»/згодою) покупцем на Інтернет сторінці (у Законі йдеться про «вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції»), є приєднанням до договору конклюдентними діями. Так, Закон окремо зазначає, що зміст таких дій має бути чітко роз'яснено в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею.

Так, вважається прийняття покупцем пропозиції шляхом додавання його у віртуальний кошик та оформлення замовлення. Наприклад, на одному з популярних сайтів продажу побутової техніки «Розетка» та у більшості інших інтернет-магазинів саме так укладається договір, при цьому сайт не містить цілісної, в одному документі, інформації щодо умов продажу товарів.

На сайті іншого магазину пропонується при покупці товарів ознайомитися із *договором публічної оферти* та зазначено, що цей договір, в якому одна сторона ...з одного боку, і будь-яка особа, яка акцептувала дану пропозицію, з іншого боку, уклали даний договір *адресований необмеженому колу осіб, який являється офіційною публічною пропозицією продавця*, укласти з продавцями договір купівлі-продажу товарів, фотографії яких розміщені у відповідному розділі сайту). Не можна оминати цей термін, оскільки він є надзвичайно некоректним. Не може бути договору публічної оферти, оскільки оферта — це пропозиція укласти договір. Договір породжує зобов'язальні відносини (відносні відносини, які обов'язково виникають тільки між відомими особами на момент укладання договору), які не можуть існувати як абсолютні, тобто з невизначеним колом учасників. Те, що названо «публічний договір оферти» в преамбулі цього договору є, з юридичної точки зору, публічною офертою (пропозицією укласти договір, яка звернена до невизначеного кола осіб), тобто одностороннім правочином (а договір, як відомо, є двостороннім правочином). Згідно із текстом договору далі, стає очевидним, що маєтися на увазі договір купівлі-продажу (можна назвати його типовим, договором приєднання та зазначити при оформленні заказу, що «покупець погоджується на його умови»).

Щодо «прийняття умов», варто зазначити, що фактично прийняття умов оферти визначеними діями є приєднанням (акцептом) до умов договору конклюдентними діями. Покупець погоджується на запропоновані умови, тобто укладається договір приєднання чи відмовляється від укладання договору, але не може запропонувати свої умови (це

характерно для абсолютної більшості договорів, що укладаються через мережу Інтернет).

У цьому зв'язку інтерес представляють так звані click-wrap (договори, які укладаються шляхом «клику» у відповідному віконечку на сайті) і browse-wrap (договори, які укладаються шляхом самого використання веб-сайту), саме таку назву отримали найпопулярніші способи укладання договорів в сфері електронної торгівлі в західних країнах та США (див. докладніше [3])

Щодо укладення договору шляхом *обміну електронними документами*, то цей спосіб укладання електронного договору передбачає персоніфікацію контрагентів, на етапі переговорів про укладання договорів відомий не тільки продавець, а й потенційний покупець, між якими відбувається обмін електронними повідомленнями, можливе узгодження окремих умов договору (це вже не договір приєднання, а звичайний договір).

По-четверте, визначено момент з якого договір вважається укладеним. Відтворене загальне правило цивільного права, що договір вважається укладеним з моменту одержання оферентом акцепту, тобто відповіді про прийняття пропозиції. Згідно ч. 7 ст. 11 Закону замовлення або підтвердження розміщення замовлення вважається отриманим *у момент, коли сторона електронного договору отримала доступ до нього* (а не в момент реального отримання!), при цьому продавець зобов'язаний оперативно підтвердити отримання такого замовлення.

Місцем укладення електронного договору є місцезнаходження юридичної особи або місце фактичного проживання фізичної особи, яка є продавцем (виконавцем, постачальником) товарів, робіт, послуг (це положення відповідає ст. 647 ЦК України). Зазначимо, що часто власник веб-сайту інтернет-магазину не є власне продавцем товару чи виконавцем робіт та послуг, а тільки майданчиком для укладання договорів між продавцем та покупцем, що маємо враховувати при визначенні місця вчинення правочину.

Законом передбачено, що покупець (замовник, споживач) повинен отримати підтвердження вчинення електронного правочину. Таке положення сформульовано некоректно, оскільки право споживача на отримання підтвердження укладання договору перетворилось на його обов'язок, який він не може виконати своїми діями — він може тільки вимагати виконання відповідного обов'язку від продавця. У відповідності до п. 6 ст. 12 та п. 7 ст. 13 Закону України «Про захист прав споживачів» якщо споживачеві не було надано документ (електронний), який засвідчує факт здійснення правочину, такий правочин не є підставою для виникнення обов'язків для споживача.

У листі ГУ ГФС р. в Києві від 04.01.2015 № 3/п/26-15-13-04-06-19 нагадується, що при продажу товарів продавець повинен забезпечити доставку покупцю раніше роздрукованого розрахункового документа (чека) разом з придбаним товаром за допомогою кур'єрської служби (поштової служби). При цьому чек повинен бути роздрукований з використанням РРО, зареєстрованого на такого кур'єра.

Щодо доступу до персональних даних покупців і клієнтів інтернет-магазинів, це питання має важливе значення, оскільки персональні дані вже стали важливою «інтернет-валютою», тому їх охорона має відбуватися на належному рівні. Закон містить норми про зберігання інформації та електронних документів. Зазначається, що використання персональних даних у сфері електронної комерції може здійснюватися у разі створення суб'єктом електронної комерції умов для захисту таких даних (див. також Директиву № 2002/58/ЄС про конфіденційність та електронні засоби зв'язку).

Звернемо увагу, що з буквального тлумачення ст. 14 Закону випливає, що сам факт реєстрації покупця в інформаційній системі інтернет-магазину означатиме згоду на використання та обробку персональних даних (саме так часто указується на сайтах українських інтернет-магазинів). Однак, у відповідності до змін до ст. 2 Закону України «Про захист персональних даних» у сфері електронної комерції згода суб'єкта персональних даних може бути надана під час реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції шляхом *проставлення відмітки про надання дозволу на обробку своїх персональних даних*.

На жаль, більшість сайтів, які були промоніторені при написанні цієї доповіді, не забезпечили неможливість подальшої реєстрації на сайті без проставлення відповідної відмітки (на відміну від відомих інтернет-магазинів США чи компаній, які продають програмні продукти) та не привели у відповідність до Закону порядок вчинення електронних правочинів, не забезпечили можливість ознайомитися з умовами укладеного правочину, роздрукувати його тощо.

Л і т е р а т у р а

1. Исследование рынка электронной коммерции [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.uadm.com.ua/research>.
2. Гейтс Б. Бизнес со скоростью мысли / Билл Гейтс. — Изд. 2-е, испр. — М. : ЭКСМО-Пресс, 2001. — 480 с.
3. Савельев А. И. Электронная коммерция в России без ЭЦП: иллюзия или реальность? / А. И. Савельев // Вестник гражданского права. — М., 2013. — Т. 13, № 3. — С. 43–88.